

# C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit

## Die EU-Kontrolle der „Staatlichen Beihilfen“ aus kommunaler Sicht

Verfasser: Dr. Dorothea **Seckler**

<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>Seite</b>
<b>1. Einführung</b>	20
<b>2. Rechtsrahmen der EU-Beihilfenkontrolle</b>	21
2.1 Einschlägige Bestimmungen des EG-Vertrags	21
2.2 Die Rolle des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag: Interessenausgleich	22
2.3 Ausnahmen vom Beihilfeverbot	22
<b>3. Der weite Beihilfebegriff des EU-Rechts</b>	23
<b>4. Auswirkungen auf die kommunale Praxis</b>	24
4.1 Kommunale Wirtschaftsförderung = „Staatliche Beihilfen“	24
4.2 Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge als Beihilfe?	25
4.3 Weitere Probleme aus kommunaler Sicht	26
4.4 Korrektiv durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag?	26

	Seite
<b>5. Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag aus kommunaler Sicht</b>	27
5.1 Alle kommunalen Beihilfen oberhalb der „De minimis“-Schwelle müssen notifiziert werden	27
5.2 Keine Angst vor Notifizierungen - vor allem nicht bei Leistungen der Daseinsvorsorge!	28
5.2.1 Einschlägige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)	28
5.2.2 Einschlägige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes Erster Instanz (EuGel)	29
5.2.3 Einschlägige Entscheidungen der Europäischen Kommission	29
5.2.4 Ein aktueller Fall: Die Schwimmbäder in der Stadt Dorsten	29
<b>Anhang (Auszug aus dem EG-Vertrag)</b>	31

## 1. Einführung

*„Freier und ungestörter Wettbewerb gehört zu den wesentlichen Grundlagen der Europäischen Union. Dieser Wettbewerb kann durch staatliche Beihilfen empfindlich beeinträchtigt werden, denn sie verhindern die beste Allokation der Ressourcen, tragen dazu bei, daß weniger effiziente Anbieter auf Kosten der besseren Konkurrenten überleben, und verhindern Wohlstand und Innovation. Außerdem stellen sie den gemeinsamen Binnenmarkt der EU in Frage. Aus all diesen Gründen ist eine strenge Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission unerlässlich.“*

Diese Sätze sind im jüngsten Beihilfenbericht der Europäischen Kommission vom 11.04.2000 (COM (2000) 205 final) zu lesen. Die EU-Behörde macht damit deutlich, wie sie über das Thema „Staatliche Beihilfen“ denkt und wie sie damit umgehen will: Staatliche Beihilfen sind unerwünscht, mehr noch, sie sind mit dem EU-Binnenmarkt nicht vereinbar und deshalb grundsätzlich verboten. An dieser Haltung kommt keine öffentliche Stelle vorbei; schließlich verleiht der EG-Vertrag in den Art. 87 ff. EG-Vertrag<sup>1</sup> der Europäischen Kommission ein Prüfungs- und Bewilligungsmonopol für staatliche Beihilfen. Das grundsätzliche Beihilfeverbot kann in bestimmten Fällen durch die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag modifiziert sein; zudem gilt es in den Fällen der Legalausnahme (Art. 87 Abs. 2 und 3, Gruppenfreistellungsverordnungen) nicht (s.u. Ziff. 2).

Freilich wird den Thesen der EU-Kommission nicht jeder zustimmen wollen. Zum einen könnte schon ganz grundsätzlich über die Brüsseler Sicht („*Subventionen schaden nur dem Wettbewerb und kosten unnötig Steuergelder*“) gestritten werden. Zum anderen - und dieser Punkt ist besonders für Kommunen wichtig - versteht die Europäische Kommission unter dem Begriff „Staatliche Beihilfen“ nicht nur schlagzeilenträchtige Rettungsaktionen wie jene vom November 1999 für den angeschlagenen Baukonzern Holzmann. Vielmehr fällt, wie nachfolgend gezeigt wird, grundsätzlich **jedes finanzielle Engagement der öffentlichen Hand** - also auch das der Kommunen - unter den sehr weiten Beihilfenbegriff des EU-Rechts (Ziff. 3). Für die kommunale Praxis wirft dies eine beträchtliche Reihe von Problemen auf, fallen doch im Grundsatz alle Formen kommunaler Wirtschaftsförderung, aber zunehmend auch die bisher üblichen Finanzierungsarten für Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge unter die gemeinschaftsrechtliche Beihilfekontrolle (Ziff. 4).

Besondere Aufmerksamkeit sollten die Kommunen der Notifizierungspflicht für staatliche Beihilfen - also im Sinne des EU-Rechts auch Beihilfen der Kommunen - widmen: Wie bereits erwähnt, sind **staatliche Beihilfen**, von den in Ziff. 2 beschriebenen Ausnahmen abgesehen, im EU-Binnenmarkt **unzulässig**. Die EU-Kommission muß deshalb **grundsätzlich jeder einzelnen Beihilfe vorab zustimmen** (Art. 88 Abs. 3 des EG-Vertrags). Dies birgt gerade aus kommunaler Sicht einige Brisanz. Trotzdem führt kein Weg an der Notifizierung vorbei - und Kommunen brauchen sie in den meisten Fällen auch nicht zu fürchten (Ziff. 5).

---

<sup>1</sup> Der gesamte Wortlaut der besonders wichtigen Vorschriften Art. 86, 87 und 88 (ex-Art. 90, 92 und 93) EG-Vertrag findet sich im Anhang dieses Artikels. Die übrigen Artikel werden im nachfolgenden Text bei ihrer jeweils ersten Nennung zusammen mit ihrer früheren Numerierung (vor Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam) genannt.

## 2. Rechtsrahmen der EU-Beihilfenkontrolle

### 2.1 Einschlägige Bestimmungen des EG-Vertrags

Das Gemeinschaftsrecht enthält nur wenige, dafür aber recht eindeutige Bestimmungen. Kapitel 1 des Titels VI des EG-Vertrags enthält die Wettbewerbsregeln. Sie zielen insgesamt auf eine Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen ab (vgl. Art. 86 EG-Vertrag)<sup>2</sup> und versuchen jeglicher Wettbewerbsverzerrung entgegenzuwirken, seien sie kartellrechtlicher Art (Art. 81 und 82 [ex-Art. 85 und 86] EG-Vertrag) oder durch staatliche Beihilfen bedingt (Art. 87 ff. EG-Vertrag). Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag enthält ein grundsätzliches Beihilfeverbot:

*„Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Ausnahmebestimmungen enthalten die Vorschriften des Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG-Vertrag (hierzu Ziff. 2.3). Greifen diese nicht, sind die allgemeinen Regeln zu beachten. Das EU-Recht enthält einerseits Bestimmungen zu **bestehenden** Beihilferegulungen (sog. „Altbeihilfen“, Art. 88 Abs. 1 EG-Vertrag). Diese Regelungen überprüft die EU-Kommission laufend und schlägt den Mitgliedstaaten

*„zweckdienliche Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.“*

Das EU-Recht betrifft weiterhin Beihilfen und Beihilferegulungen, die entweder neu eingeführt oder umgestaltet werden sollen. In diesen Fällen gilt die sogenannte Notifizierungspflicht (Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag); nach dieser wird

*„die Kommission (...) von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, daß sie sich dazu äußern kann.“*

Gelangt die EU-Kommission bei ihrer Prüfung zu dem Ergebnis, daß die Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe oder Beihilferegulung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, gibt sie entweder nach einem kurzen Verfahren (Vorabprüfungsverfahren) oder als Ergebnis eines vertieften Hauptprüfungsverfahrens „Grünes Licht“ (zu den Einzelheiten s.u. Ziff. 5). Führt die Vorabprüfung zum gegenteiligen Ergebnis, untersagt die EU-Kommission die geplante Beihilfe.

Streng sind die Bestimmungen für den Fall, daß eine bereits gewährte Beihilfe **rechtswidrig** ist. Dies gilt nicht nur bei **materieller** Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt, sondern auch für die Fälle **formeller** Rechtswidrigkeit, etwa bei einer vorgeschriebenen, aber nicht befolgten Pflicht zur Vorabnotifizierung einer geplanten Beihilfe oder Beihilferegulung. Die EU-Kommission kann dann ohne Vorverfahren beim Europäischen Gerichtshof ein Feststellungsurteil erwirken (Art. 88 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag) und, falls der gemeinschaftsrechtswidrige Zustand anhält, in einem zweiten Schritt ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen

---

<sup>2</sup> zum Wortlaut des Art. 86 EG-Vertrags vgl. Anhang. Der EuGH definiert den Begriff des „Unternehmens“ im EU-Wettbewerbsrecht als: *„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“* (ständige Rechtsprechung seit dem Urteil Höfner, C-41/90, Rdnr. 20).

Mitgliedstaat gemäß Art. 228 (ex-Art. 171) EG-Vertrag einleiten. Dieser kann zu Pauschalzahlungen oder zu Zwangsgeldern verurteilt werden. Bisher initiierte die EU-Behörde 125 Rückforderungsfälle, die Hälfte davon in den Jahren 1996 bis 1999. In 37 Fällen wurden die gewährten Beihilfen zurückgezahlt; in zwölf Fällen hob der Gerichtshof Erster Instanz die Kommissionsentscheidungen auf; 56 Verfahren (davon 34 aus den Jahren 1998 und 1999) sind noch beim Gericht anhängig.

## 2.2 Die Rolle des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag: Interessenausgleich

Nach dieser Vorschrift gelten auch für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (darunter fällt die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge), die Wettbewerbsregeln,

*„... soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“*

Damit bringt der Vertrag zum Ausdruck, daß es durchaus Konflikte zwischen dem ungestörten Funktionieren des Binnenmarktes (Gemeinschaftsinteresse) und Zielen der Wirtschafts- und Sozialpolitik (Interesse der einzelnen Mitgliedstaaten) geben kann. Für die Verwirklichung dieser Ziele der Mitgliedstaaten werden bestimmte Instrumente, z.B. die oben bezeichneten Unternehmen, eingesetzt. Art. 16 EG-Vertrag, der durch die Vertragsrevision von Amsterdam neu eingeführt wurde, betont nochmals ausdrücklich den Stellenwert der Unternehmen, die Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringen.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und der Europäische Gerichtshof Erster Instanz (EuG) - und im Gefolge auch die Europäische Kommission - schließen hieraus, daß die Mitgliedstaaten bei der Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einen gewissen Spielraum zur Gestaltung ihrer Politik genießen, der allerdings einer Mißbrauchskontrolle und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt. In der überarbeiteten Mitteilung der EU-Kommission vom 20.09.2000 (KOM (2000) 580 endgültig) kommt dies deutlich zum Ausdruck (s. hierzu auch Ziff. 5.2).

## 2.3 Ausnahmen vom Beihilfeverbot

Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag enthält eine Legalausnahme für eine abschließend aufgelistete Gruppe von Beihilfearten. Sie betreffen diskriminierungsfreie Beihilfen sozialer Art für Verbraucher (Art. 87 Abs. 2 a) EG-Vertrag), Beihilfen zur Beseitigung von Schäden infolge von Naturkatastrophen oder sonstigen außergewöhnlichen Ereignissen (Art. 87 Abs. 2 b) EG-Vertrag) und besondere Beihilfen, die spezifische Auswirkungen der deutschen Wiedervereinigung betreffen (Art. 87 Abs. 2 c) EG-Vertrag). Die EU-Kommission hat hier lediglich einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite. In der Praxis kommt diesen Beihilfen aus kommunaler Sicht keine große Bedeutung zu.

Praxisrelevant ist hingegen die Gruppe der Beihilfen des Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag. Die hier erwähnten Beihilfen **können** als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Der EU-Kommission kommt damit für diesen Bereich neben ihrem Beurteilungsspielraum zusätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Unter die Vorschrift des Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag

fällt vor allem die gesamte Bandbreite der allgemein zumeist als „Regionalbeihilfen“, „Strukturfonds“ und „Gemeinschaftsinitiativen“ bezeichneten Instrumente. Sie sollen an dieser Stelle nicht näher behandelt werden.<sup>3</sup>

Um sich selbst in ihrer Ermessensausübung zu binden und für Transparenz zu sorgen, hat die Europäische Kommission aufgrund der Ermächtigungsverordnung 994/98/EG (ABl 1998 L 142, S. 1) inzwischen unter anderem für die sog. „horizontalen Beihilfen“ (Beihilfen, die alle Wirtschaftszweige und alle Regionen der EU betreffen können) eine Reihe von **Gruppenfreistellungsverordnungen** erlassen, denen gemäß Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag automatisch Bindungswirkung zukommt. Die EU-Kommission erhofft sich durch diese Verordnungen eine Verfahrensvereinfachung, da sie die Vorabprüfung (Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag) durch eine nachträgliche Prüfung durch die Kommission, aber auch durch die Mitgliedstaaten selbst ersetzen sollen.

Anfang Februar 2001 sind drei neue Gruppenfreistellungsverordnungen inkraftgetreten; sie werden bis zum 31.12.2006 gelten: die Verordnung für Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU), eine zweite für Ausbildungsbeihilfen und eine dritte für die sog. „De minimis“-Beihilfen, also für Beihilfen, die wegen ihres geringen Umfangs überhaupt nicht an die EU-Kommission gemeldet werden müssen. Auf die nähere Darstellung dieser sehr detaillierten Einzelregelungen wird an dieser Stelle verzichtet.<sup>4</sup> Erwähnt sei nur, daß für die „De minimis“-Beihilfen nach wie vor der Schwellenwert von 100.000 Euro pro Unternehmen innerhalb von drei Jahren (Zeitraum, nicht Kalenderjahre) maßgeblich sein wird.

### 3. Der weite Beihilfebegriff des EU-Rechts

Artikel 87 EG-Vertrag geht von einem sehr weiten Beihilfebegriff aus. Schon der Wortlaut des Artikels 87 Abs. 1 EG-Vertrag („Beihilfen gleich welcher Art“) deutet darauf hin. Er umfaßt Subventionen im traditionellen Sinne, aber auch Entlastungen von finanziellen Pflichten, die ansonsten auferlegt würden. Wesentlich ist, daß

- die Unterstützung vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird (damit sind auch finanzielle Unterstützungen durch Kommunen erfaßt);
- die Beihilfe für ihren Empfänger insgesamt als Begünstigung wirkt (entscheidend sind nicht die mit der Beihilfe verfolgten Ziele, sondern die tatsächliche vermögenswerte Wirkung für den Empfänger). Begünstigung bedeutet nicht, daß die Leistung unentgeltlich sein muß. Es genügt, daß keine ausreichende und marktübliche Gegenleistung erbracht wird und/oder daß die Leistung keinem normalen wirtschaftlichen Vorgang entspricht. Im Zweifelsfall ist zu fragen, ob sich ein privater Wirtschaftsteilnehmer unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen genauso wie die öffentliche Hand verhalten hätte („**Market economy investor**“-Test);
- nur bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige von der Begünstigung profitieren (selektive Begünstigung), die Förderung also nicht der gesamten Wirtschaft zugute kommt;

<sup>3</sup> Einen guten Überblick und viele praktische Hinweise enthält Leiß/Poth-Mögele, EG-Förderprogramme für Kommunen, Loseblattsammlung, Jehle-Rehm-Verlag, München, 10. Auflage 2000

<sup>4</sup> ABl 2001 L 10 vom 13.01.2001; s. auch Brüssel Aktuell 46/2000 und 01/2001

- die Unterstützung einen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und
- der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird oder werden kann.

Wichtig: das Vorliegen einer „staatlichen Beihilfe“ ist nur zu bejahen, wenn alle Tatbestandsmerkmale **kumulativ** erfüllt sind.

## 4. Auswirkungen auf die kommunale Praxis

### 4.1 Kommunale Wirtschaftsförderung = „Staatliche Beihilfen“

Wie bereits erwähnt, unterscheidet das EU-Recht nicht danach, ob eine Beihilfe von staatlicher oder von kommunaler Seite gewährt wird. Es stellt nur auf die **tatsächlichen Auswirkungen** eines finanziellen Engagements der öffentlichen Hand ab. Konkret hat der weite Beihilfebegriff zur Folge, daß unter ihn die **ganze Palette kommunaler Wirtschaftsförderung fallen kann**. Denn Beihilfen sind nach Ansicht der EU-Kommission<sup>5</sup> unter anderem (die Liste ist nicht abschließend): direkte Zuschüsse, zinsverbilligte Darlehen, Zahlungsaufschübe, Bürgschaften und Haftungsverpflichtungen<sup>6</sup>, günstige Konditionen für eine Darlehensrückzahlung, Garantieleistungen zu besonders günstigen Bedingungen, Steuerbefreiungen oder andere Steuervorteile, verbilligter Erwerb von Industriegrundstücken, Kapitalbeteiligungen an Unternehmen in privater Rechtsform (problematisch: Eigenkapitalzufuhr), Verzicht auf Rückforderungen, Befreiung von Soziallasten, Sondertarife, Investitionszulagen, vorteilhafte Verkäufe von Bauwerken und Grundstücken durch die öffentliche Hand, aber etwa auch die Ausnutzung gesetzlicher Ermessensspielräume zugunsten bestimmter Unternehmen. Wichtig: Kommunen sollten auch jedes Engagement im Rahmen einer (wie auch immer gestalteten) „Public-Private-Partnership“ vorab unter Beihilfegesichtspunkten prüfen!

Hinzu kommt, daß sich das Augenmerk der Kommission zunehmend über den „klassischen“ Bereich der Wirtschaftsförderung hinaus auch auf Felder wie die kommunale Umweltpolitik (z.B. die kostendeckende Vergütung für Solarenergie) richtet. Im Februar 2001 ist ein neuer Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen inkraftgetreten, der den bisherigen Rahmen von 1994 ersetzt und bis zum 31.12.2007 gelten wird. Anders als bisher sollen künftig grundsätzlich nur noch Investitions- und Betriebsbeihilfen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) zulässig sein.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Die nachfolgende Aufzählung wertet die entsprechenden Mitteilungen der EU-Kommission sowie die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aus.

<sup>6</sup> Inwieweit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Verhältnis zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten als staatliche Beihilfen anzusehen sind, ist noch umstritten. Beide Institute stehen derzeit auf dem Prüfstand der EU-Kommission.

<sup>7</sup> ABI 2001 C 37 vom 03.02.2001; s. auch Brüssel Aktuell 44/2000 und 05/2001

## 4.2 Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge als Beihilfe?

Je weiter die Vollendung des EU-Binnenmarktes voranschreitet, desto stärker geraten die bisherigen Formen der Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge ins Blickfeld der gemeinschaftlichen Beihilfenkontrolle. Für sie ist es zunächst unerheblich, ob eine Leistung einen öffentlichen Zweck verfolgt oder nicht; entscheidend ist aus ihrer Sicht allein die tatsächliche oder potentielle Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung im EU-Binnenmarkt. Eine Leistung, die der Daseinsvorsorge dient, ist also nicht automatisch „geschützt“ und von der EU-Beihilfenkontrolle ausgenommen!<sup>8</sup>

Die Entwicklung steht hier erst am Anfang. Allerdings machen folgende Ereignisse auf EU-Ebene, die **alle** aus dem Jahr 2000 stammen, deutlich, daß sich die Kommunen auf Veränderungen einstellen müssen:

- Vollständige Revision der „Transparenzrichtlinie“ (bisher: Richtlinie 80/723/EWG, jetzt: Richtlinie 2000/52/EG) durch die EU-Kommission am 26.07.2000.<sup>9</sup> Diese Regelung auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag betrifft alle Finanztransfers zwischen der öffentlichen Hand und öffentlichen Unternehmen (ab einer Größenordnung von 40 Mio Euro jährlichem Netto-Umsatz); letztere werden ab Anfang 2002 verpflichtet sein, ihre öffentlich-gemeinwirtschaftlichen und ihre privatwirtschaftlich-kommerziellen Aktivitäten buchhalterisch zu trennen. Welche Folgen dies für den kommunalen Querverbund hat, ist noch nicht abzusehen.
- Im Gefolge des Streits zwischen der Westdeutschen Landesbank (WestLB) und der Europäischen Kommission stehen nunmehr in Brüssel (und demnächst vermutlich auch in Luxemburg vor dem Europäischen Gerichtshof) auch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung auf dem Prüfstand der EU-Beihilfenkontrolle.<sup>10</sup> Dies könnte für sämtliche öffentlichen Kreditinstitute - also auch die Sparkassen - eine Pflicht zur umfassenden Reorganisation bedeuten.
- Die Europäische Kommission hat im Juli einen Vorschlag zur Revision der Verordnung 1191/69/EWG vorgelegt, welche die Rolle staatlicher Beihilfen im öffentlichen Personenverkehr behandelt.<sup>11</sup> Der Vorschlag sieht eine weitgehende Öffnung des ÖPNV-Sektors für den Wettbewerb vor; hierzu gehören u.a. eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht und das Verbot, Mittel aus einem Unternehmensbereich in einen anderen zu übertragen. Auch dies könnte Auswirkungen auf bisher praktizierte Querverbundlösungen haben. Europäischer Rat und Europäisches Parlament werden vermutlich im ersten Halbjahr 2001 über den Verordnungsvorschlag entscheiden.

---

<sup>8</sup> vgl. hierzu Brüssel Aktuell 36/2000

<sup>9</sup> vgl. hierzu zuletzt Brüssel Aktuell 27/2000

<sup>10</sup> vgl. hierzu zuletzt Brüssel Aktuell 29/2000 und 43/2000

<sup>11</sup> vgl. hierzu Brüssel Aktuell 29/2000



### 4.3 Weitere Probleme aus kommunaler Sicht

Abgesehen von dem sehr weiten Anwendungsbereich werfen die einzelnen Elemente des Beihilfenbegriffs eine ganze Reihe weiterer Probleme auf. Sie können an dieser Stelle nur kurz angerissen werden:<sup>12</sup>

- „Begünstigung“: Probleme bei der Bestimmung der „angemessenen Gegenleistung“, z.B. bei staatlichen Garantien; „short term“/„long term investment“ (der Maßstab des „market economy investor“ ist im öffentlichen Sektor sachfremd, da dieser gerade in Bereichen investiert und investieren muß, die kaum oder keine Rentabilitätsaussichten versprechen)
- „Bestimmte Unternehmen“: Abgrenzung zwischen (gezielten) Beihilfenprogrammen und Regelungen, die allgemein begünstigen
- „Wettbewerbsverfälschung“: Nach dem EG-Vertrag sind Beihilfen dann unzulässig, wenn durch sie ein **tatsächlicher oder auch nur potentieller** Wettbewerb verfälscht wird **oder eine Verfälschung droht**. Damit fällt zunächst praktisch jede wirtschaftliche Aktivität in den Anwendungsbereich. Ob überhaupt ein Markt für ein Produkt oder eine Dienstleistung existiert oder nicht, ob tatsächlich eine Wettbewerbsverfälschung vorliegt oder nicht, ist unerheblich; entscheidend ist lediglich, daß die EU-Kommission zur Auffassung gelangt, hier **könnte** ein Markt existieren oder später entstehen, auf dem das freie Spiel der Marktkräfte durch das öffentliche Handeln bedroht **würde** oder auch nur bedroht werden **könnte**. Praktiker kritisieren, daß die Kommission gerade bei der Identifizierung dieses jeweils relevanten „Marktes“ nicht sorgfältig genug arbeitet.
- „Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten“: Die Kommission legt die Hürde sehr niedrig an.<sup>13</sup> Es reicht nach ihrer Ansicht schon aus, daß ein unterstütztes Unternehmen Exportbeziehungen unterhält; nach der Lesart der Kommission könnten nur auf einem ausschließlich lokalen Markt agierende Kleinsthändler, -handwerker, -dienstleister oder Freiberufler unterstützt werden.

### 4.4 Korrektiv durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag?

Wie bereits oben (Ziff. 2.2) erwähnt, ist bei der Prüfung des Beihilfetatbestandes auch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zu berücksichtigen. Der Europäische Gerichtshof und die EU-Kommission haben bereits in einer ganzen Reihe von Fällen Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag als Korrektiv angewandt. Wegen der Einzelheiten wird auf Ziff. 5.2 verwiesen.

---

<sup>12</sup> ausführlich die amtliche Niederschrift zur Anhörung der Ausschüsse für Bundes- und Europaangelegenheiten und für Wirtschaft, Verkehr und Technologie des Bayerischen Landtags zu dem Thema „Beihilfekontrolle der EU-Kommission“ am 02.05.2000 im Bayerischen Landtag. An dieser Anhörung haben auch Vertreter der bayerischen kommunalen Spitzenverbände teilgenommen.

<sup>13</sup> s. aber auch Ziff. 5.2.4

## 5. Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag aus kommunaler Sicht

### 5.1 Alle kommunalen Beihilfen oberhalb der „De minimis“-Schwelle müssen notifiziert werden

Wie bereits erwähnt, muß **jede** beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung einer kommunalen Beihilfe der EU-Kommission so rechtzeitig vorab mitgeteilt werden, daß sie sich dazu äußern kann (Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EG-Vertrag). Bevor nicht ein positiver Bescheid aus Brüssel vorliegt, darf eine Beihilfe - so die Regel des EG-Vertrags - nicht gewährt werden (sog. „Standstill-clause“). Einzige Ausnahme: Kleinbeihilfen, die unterhalb der sog. „**De minimis**“-Grenze (100.000 Euro pro Unternehmen innerhalb von drei Jahren) liegen (s.o. Ziff. 2.2). Da die Mitgliedstaaten durch Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag unmittelbar verpflichtet sind, müssen Kommunen ihre beabsichtigten Beihilfen über die zuständigen staatlichen Stellen mit entsprechendem Vorlauf anmelden, und zwar über die zuständigen Ministerien (zunächst Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr, dann Weiterleitung an das Bundesministerium der Finanzen).

In einfachen Fällen ist die Beihilfenprüfung durch die EU-Kommission regelmäßig in zwei Monaten abgeschlossen (Vorabprüfungsverfahren). In weniger eindeutigen Fällen eröffnet die Kommission jedoch ein förmliches Prüfverfahren (Hauptprüfungsverfahren). Sie ist zwar gehalten, dieses Verfahren innerhalb von achtzehn Monaten nach Anmeldung abzuschließen. Es gibt allerdings durchaus Fälle, in denen die Prüfung länger dauert oder die Kommission noch eine Anhörung durchführt.

Dies ist zweifellos eine Belastung, die zu Rechts- und Planungsunsicherheit und durchaus auch zu Schwierigkeiten mit potentiellen Partnern (etwa ansiedlungswilligen Unternehmen) führen kann. Allerdings kann sich eine Kommune, die eine Beihilfe gewähren will, **nicht** mit einem Hinweis auf diese Belastungen der EU-Beihilfenkontrolle entziehen. Vor einem solchen Verhalten kann nur ausdrücklich gewarnt werden, denn - um dies nochmals zu wiederholen - :

**Eine notifizierungspflichtige Beihilfe, die nicht oder nicht rechtzeitig der Europäischen Kommission gemeldet wurde, gilt schon aus diesem Grund als rechtswidrig!**

Dies kann empfindliche Folgen haben (s. schon oben Ziff. 2.1) - bis hin zur Verpflichtung einer Kommune, eine bereits gewährte Beihilfe zurückfordern zu müssen. Ob die Beihilfe bei materieller Betrachtung an sich rechtmäßig gewesen wäre, spielt grundsätzlich keine Rolle. Eine Rückforderung vom Beihilfeempfänger dürfte regelmäßig empfindliche Schadensersatzforderungen durch den (ursprünglich) Begünstigten zur Folge haben.

Auch von einer - durchaus verbreiteten - Strategie nach dem Motto „*Das wird schon keiner merken, Brüssel ist weit weg*“ kann nur abgeraten werden. Denn die meisten Informationen über Beihilfen erhalten die Beamten der Generaldirektion Wettbewerb nicht per Zufall oder aus der Zeitung, sondern über **Konkurrenten des Beihilfeempfängers** - eine Praxis, die von der EU-Kommission ausdrücklich begrüßt und gefördert wird. Nicht wenige Unternehmen und ihre Rechtsbeistände beschreiten zusätzlich den nationalen Zivilrechtsweg, vor allem dann, wenn gegen die Notifizierungspflicht verstoßen wurde. Dieser Tatbestand ist auch von einem innerstaatlichen Zivilgericht in vielen Fällen recht einfach zu prüfen. Insbesondere muß der nationale Richter nicht die materielle Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem EU-Binnenmarkt feststellen, sondern kann gleich verurteilen, etwa auf der Basis zivilrechtlicher Vorschriften zur ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB).

## 5.2 Keine Angst vor Notifizierungen - vor allem nicht bei Leistungen der Daseinsvorsorge!

Die Notifizierungspflicht ist aus kommunaler Sicht durchaus eine Belastung. Dies gilt vor allem für die Notwendigkeit, einen erheblichen Zeitvorlauf einzuplanen. Hinzu kommt eine nicht be-  
streitbare Rechts- und Planungsunsicherheit. Allerdings: Zur Notifizierung gibt es keine Alternative. Zudem können gerade Kommunen in vielen Fällen damit rechnen, daß die von ihnen gewährten Beihilfen sehr häufig unproblematisch sind und sich die EU-Kommission deshalb mit einem Vorabprüfungsverfahren begnügt. Zum einen wird vielfach eine Handlungsbeeinträchtigung zwischen EU-Mitgliedstaaten ausgeschlossen sein, weil es sich bei der unterstützten Tätigkeit um einen rein internen, auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränkten Sachverhalt handelt.<sup>14</sup> **Ob** dies so ist oder nicht, kann - wie bereits dargestellt - nur die EU-Kommission für jeden einzelnen Fall entscheiden, nicht aber die betroffene Kommune selbst.

Weiterhin kann gerade im Bereich der Daseinsvorsorge Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag als Korrektiv wirken. Zur Illustration sollen abschließend einige Beispiele genannt werden, in denen eine Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bejaht wurde. Diese Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und der Europäischen Kommission können eine gute Argumentationshilfe für eigene Fälle liefern.

### 5.2.1 Einschlägige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH)

Der **Europäische Gerichtshof** hat unter anderem in folgenden Fällen einen Beihilfetatbestand gesehen, der aber mit Blick auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag gerechtfertigt ist:

- (Luft-)Transportdienstleistungen auf unrentablen Strecken, deren Bedienung von einem Mitgliedstaat im Allgemeininteresse für notwendig erachtet wurde;<sup>15</sup>
- die Pflicht, Strom und Gas an alle Verbraucher zu einheitlichen Tarifen und Bedingungen zu liefern, die nur nach objektiven Kriterien unterschieden werden dürfen;<sup>16</sup>
- Einrichtung und Betrieb eines öffentlich zugänglichen Telefonnetzes;<sup>17</sup>
- die **Grundversorgung** mit Postdiensten für sämtliche Nutzer im gesamten Gebiet zu einheitlichen Tarifen, in gleichmäßiger Qualität, ohne Rücksicht auf Sonderfälle und (Betriebs-)Wirtschaftlichkeit;<sup>18</sup>
- die Bewirtschaftung bestimmter Abfälle (z.B. von Bauabfällen) zur Vermeidung von Umweltproblemen.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> vgl. etwa Urteil des EuGH vom 21.01.1999, Bagnasco (verbundene Rechtssachen C-215/96 und C-216/96, Rdnr. 50 bis 53) und die Entscheidung der EU-Kommission vom 25.11.1999 (ABI 2000 L 150/50, Rdnr. 93)

<sup>15</sup> EuGH-Urteil Ahmed Saeed (Rs C-66/86, Rdnr. 55)

<sup>16</sup> EuGH-Urteile Almelo (Rs C-393/92, Rdnr. 47 bis 50); Kommission/Niederlande (Rs C-157/94, Rdnr. 41); Kommission/Frankreich (Rs C-159/94, Rdnr. 57, 61, 89 und 106); Kommission/Italien (Rs C-158/94, Rdnr. 46 und 59)

<sup>17</sup> EuGH-Urteile Italien/Kommission („British Telecom“) (Rs C-41/83, Rdnr. 29 bis 33); RTT (C-18/88, Rdnr. 16)

<sup>18</sup> EuGH-Urteil Corbeau (C-320/91, Rdnr. 15 und 19)

<sup>19</sup> EuGH-Urteil FFAD/Kopenhavns Kommune (Rs T-46/97, Rdnr. 82 bis 84)

## 5.2.2 Einschlägige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes Erster Instanz (EuGel)

Der Europäische Gerichtshof erster Instanz hat sich in mehreren Urteilen mit dem

- Ausgleich für die Netto-Mehrkosten von Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

befaßt.<sup>20</sup>

## 5.2.3 Einschlägige Entscheidungen der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission hat sich in folgenden kommunalrelevanten Fällen für eine Modifikation des Beihilfeverbots durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ausgesprochen:

- Beitragsentlastungen für ein Unternehmen, das eine wasserwirtschaftliche Tätigkeit wahrnimmt;<sup>21</sup>
- Grundversorgung mit Strom;<sup>22</sup>
- allgemeine, dauerhafte und sozialverträgliche Stromversorgung;<sup>23</sup>
- allgemeine Wasserversorgung auf hohem Schutzniveau.<sup>24</sup>

## 5.2.4 Ein aktueller Fall: Die Schwimmbäder in der Stadt Dorsten

Besonders interessant, vielleicht sogar ein Meilenstein dürfte für Kommunen der folgende Fall sein:<sup>25</sup> Die nordrhein-westfälische Stadt Dorsten hatte zwei verlustbringende Schwimmbäder einem privaten Investor überlassen. Dabei hatte sie versprochen, das Bad jährlich mit 2 Mio DM zu bezuschussen, wenn das Unternehmen im Gegenzug sozialverträgliche Eintrittspreise verlangt und Schulklassen und Schwimmclubs umsonst trainieren läßt. Die Stadt Dorsten meldete diesen Zuschuß der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren (Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag) an. Ende November 2000 wurde ihr mitgeteilt, daß der Zuschuß aus beihilferechtlicher Sicht unproblematisch sei: Es handle sich um einen rein lokalen Tatbestand; der innergemeinschaftliche Handel zwischen den Mitgliedstaaten werde durch den Zuschuß nicht beeinträchtigt.<sup>26</sup> Entscheidend war aus Sicht der Kommission, daß das Schwimmbad nicht über einen relativ lokalen Einzugsbereich hinaus beworben und Badegäste anziehen wird.

---

<sup>20</sup> EuGel-Urteil FFSA (Rs T-106/95, Rdnr. 170 bis 178 und 193); Corsica Ferries France (Rs C-266/96, Rdnr. 44 bis 47)

<sup>21</sup> KOM-Entscheidung Venezia e Chioggia (ABI 2000 L 150/50, Rdnr. 92)

<sup>22</sup> KOM-Entscheidung Jahrhundertvertrag (ABI 1993 L 50/14, Rdnr. 28)

<sup>23</sup> KOM-Entscheidung Ijsselcentrale (ABI 1991 L 28/32, Rdnr. 40)

<sup>24</sup> KOM-Entscheidung Navewa-Anseau (ABI 1982 L 167/39, Rdnr. 65)

<sup>25</sup> vgl. hierzu Brüssel Aktuell 4/2001

<sup>26</sup> vgl. Handelsblatt vom 29.11.2000, weiterhin Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.12.2000. Die amtliche Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften steht noch aus.

Ob diese an sich sehr positive Entscheidung auch für andere kommunale Aktivitäten ein Präzedenzfall ist, läßt sich derzeit kaum sagen. Zum einen muß bedacht werden, daß die EU-Kommission stets im Einzelfall entscheidet. Zum anderen handelt es sich gerade beim „Fall Dorsten“ um einen vergleichsweise einfachen und eindeutigen Fall. Insbesondere der Schluß, der von manchen schon gezogen wurde, wonach künftig ein Großteil kommunaler Beihilfen nicht notifizierungspflichtig sei<sup>27</sup> - dieser Schluß dürfte auf keinen Fall angebracht sein.

Vielmehr steht es nun erst recht im ureigenen Interesse der Kommunen, andere Fälle nach Brüssel zu bringen, um so weitere Entscheidungen zu erhalten und vor allem das Tatbestandsmerkmal „Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten“ mit Leben zu erfüllen. So käme man nach und nach zu einer Reihe von Entscheidungen, auf die sich Kommunen in vergleichbaren Fällen berufen könnten.

---

<sup>27</sup> So etwa die Frankfurter Allgemeine Zeitung, ebd.: *„Nach dieser Entscheidung sind auch viele andere Beihilfen der Kommunen, die nur von städtischer oder allenfalls regionaler Bedeutung sind, weder anmeldungs- noch genehmigungspflichtig.“*

## **Anhang (Auszug aus dem EG-Vertrag)**

### **Artikel 86, 87 und 88 EG-Vertrag**

#### **Art. 86 (ex-Art. 90) EG-Vertrag**

*(1) Die Mitgliedstaaten werden in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten.*

*(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.*

*(3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.*

#### **Art. 87 (ex-Art. 92) EG-Vertrag**

*(1) Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.*

*(2) Mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind:*

*a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;*

*b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;*

*c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten, wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.*

*(3) Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden:*

*a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;*

*b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;*

c) *Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;*

d) *Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;*

e) *sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt.*

#### **Art. 88 (ex-Art. 93) EG-Vertrag**

*(1) Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erfordern.*

*(2) Stellt die Kommission fest, nachdem sie den Beteiligten eine Frist zur Änderung gesetzt hat, daß eine von einem Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Artikel 87 unvereinbar ist oder daß sie mißbräuchlich angewandt wird, so entscheidet sie, daß der betreffende Staat sie binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat.*

*Kommt der betreffende Staat dieser Entscheidung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission oder jeder betroffene Staat in Abweichung von den Artikeln 226 und 227 den Gerichtshof unmittelbar anrufen.*

*Der Rat kann einstimmig auf Antrag eines Mitgliedstaats entscheiden, daß eine von diesem Staat gewährte oder geplante Beihilfe in Abweichung von Artikel 87 oder von den nach Artikel 89 erlassenen Verordnungen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn außergewöhnliche Umstände eine solche Entscheidung rechtfertigen. Hat die Kommission bezüglich dieser Beihilfe das in Unterabsatz 1 dieses Absatzes vorgesehene Verfahren bereits eingeleitet, so bewirkt der Antrag des betreffenden Staates an den Rat die Aussetzung dieses Verfahrens, bis der Rat sich geäußert hat.*

*Äußert sich der Rat nicht binnen drei Monaten nach Antragstellung, so entscheidet die Kommission.*

*(3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, daß sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, daß ein derartiges Vorhaben nach Artikel 87 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.*